

Sentencia SU020/20

ACCION DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES-Requisitos generales y especiales de procedibilidad

ACCION DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES-Improcedencia por no configurarse los defectos alegados en acción de reparación directa

Referencia: expediente T-6.544.419

Acción de tutela interpuesta por Droguerías Electra Limitada en contra de la Subsección B de la Sección Tercera del Consejo de Estado

Magistrados ponentes:

RUTH STELLA CORREA PALACIO Y

CARLOS BERNAL PULIDO

Bogotá, D. C., veintinueve (29) de enero de dos mil veinte (2020)

En ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, en especial las previstas en el artículo 241.9 de la Constitución Política, los artículos 33 y siguientes del Decreto 2591 de 1991, el artículo 61 de su Reglamento Interno y de acuerdo con lo dispuesto en el auto de febrero 27 de 2018 y las decisiones adoptadas en las sesiones de los días 11 de julio de 2018 y 29 de enero de 2020, la Sala Plena de la Corte Constitucional profiere la siguiente

SENTENCIA

En el trámite de revisión de la decisión de noviembre 8 de 2017, proferida por la Sección Quinta del Consejo de Estado, que confirmó el fallo del 2 de agosto de 2017, de la Sección Cuarta del Consejo de Estado, que negó la acción de tutela interpuesta por Droguerías Electra Ltda. -en adelante, Droguerías Electra- contra la Subsección B de la Sección Tercera del Consejo de Estado.

I. I. ANTECEDENTES

1. 1. Le corresponde a la Sala Plena de la Corte Constitucional determinar si la Subsección B de la Sección Tercera del Consejo de Estado, al expedir la sentencia de segunda instancia del 31 de mayo de 2016, en el proceso de reparación directa adelantado por Droguerías Electra Ltda., en contra del Ministerio de Hacienda y Crédito Público y la Caja de Previsión Social de Comunicaciones –en adelante, Caprecom– habría incurrido en los siguientes defectos: (i) violación directa de la Constitución, (ii) material o sustantivo y (iii) fáctico. Para tales efectos, en el presente apartado de “Antecedentes”, se hace referencia a los hechos probados (epígrafe 1), a las pretensiones y fundamentos de la solicitud de tutela (epígrafe 2), a las intervenciones en el proceso de tutela (epígrafe 3), a las decisiones objeto de revisión (epígrafe 4) y a las actuaciones del magistrado sustanciador en esta sede (epígrafe 5). En particular, dado que el marco interpretativo de las razones que sirven de fundamento a la acción de amparo está delimitado por las decisiones proferidas en el proceso de reparación directa citado, en el epígrafe 1 se describen, en detalle, los fundamentos de las sentencias de primera y segunda instancia –esta última, la providencia que se cuestiona en tutela–.

#### 1. 1. Hechos probados

2. El día 26 de octubre de 1999, Droguerías Electra presentó acción de reparación directa en contra de la Nación –Ministerio de Hacienda y Crédito Público– y Caprecom. Solicitó que se declarara que Caprecom se había enriquecido sin justa causa en la ejecución del contrato 031 de marzo 1 de 1996, dado que, presuntamente, habría suministrado medicamentos y elementos médico quirúrgicos que nunca le fueron pagados, a pesar de haber sido requeridos por Caprecom, por un valor \$6.618’630.398,90.

#### 1. %1.1. La sentencia de primera instancia en el proceso de reparación directa

3. Mediante sentencia del 5 de marzo de 2003, la Subsección B de la Sección Tercera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca declaró probada la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva del Ministerio de Hacienda y Crédito Público y denegó las pretensiones de la demanda de reparación directa.

4. El Tribunal delimitó la finalidad de la acción así: “que se declare y reconozca el valor de unos suministros médicos y quirúrgicos que no han sido pagados por la demandada, lo que le ha producido a la firma actora unos perjuicios de carácter especialmente económicos que pretende le sean reconocidos”. Dada la delimitación del caso, consideró que únicamente

Caprecom era la “entidad llamada a ocupar el extremo pasivo de la relación procesal”, “pues el Ministerio de Hacienda [sic] no se enriqueció de ninguna manera en este asunto, no pudiéndole imputarle [sic] la causación del daño reclamado”.

5. Luego de hacer referencia a los elementos que estructuraban el enriquecimiento sin causa, a partir de la jurisprudencia contenida en la sentencia del 30 de noviembre de 2000, de la Sección Tercera del Consejo de Estado, y a los hechos probados en el proceso, concluyó:

6. (i) A pesar de que, presuntamente Droguerías Electra habría suministrado “elementos farmacéuticos, médicos y quirúrgicos a CAPRECOM E.P.S., desde el mes de agosto de 1996, hasta octubre de 1997, sin soporte contractual alguno por un costo total de \$6.582.196.154.07”,

“las pruebas no son claras ni contundentes para concluir que Caprecom E.P.S. se benefició con el suministro de elementos farmacéuticos, médicos y quirúrgicos, requeridos para atender a sus afiliados y beneficiarios, pues no existe en todo el expediente ningún certificado de prestación efectiva de servicios, así como tampoco una revisión de las cuentas radicadas por la actora, por parte de un grupo de auditoría como correspondería en estos casos, que pudiera disipar la duda acerca de la efectiva entrega de los medicamentos e insumos reclamados, sus precios, y el cumplimiento cabal de las obligaciones a cargo de las partes”.

7. (ii) Esta deficiencia probatoria también se presentó en el trámite de conciliación prejudicial sin que se hubiese subsanado, “pues las cuentas que se reclaman se echan de menos en el presente asunto, toda vez que las facturas relacionadas, con sus correspondientes constancias de recibido, aceptado y efectivamente cumplidas, no fueron allegadas a este proceso”.

9. (iv) Finalmente, a partir de la aplicación de una regla de la experiencia precisó:

“para esta Sala resulta poco probable que una sociedad comercial como la aquí actora, suscriba un contrato de suministro por un valor de ochocientos millones de pesos, y poco [sic] meses después (5 meses aproximadamente), el monto contratado se desborde en una suma superior a los cincuenta millones de pesos, y no obstante lo anterior, siga suministrando a la firma demandada, a sus beneficiarios, dependientes y a un centro clínico

filial de Caprecom, medicamentos y productos farmacéuticos en aproximadamente un periodo de un año, por una suma que excede los seis mil millones de pesos, cuando la práctica [sic] comercial usual indica que cualquier proveedor, con el interés de preservar sus intereses patrimoniales, suspendería cualquier suministro en caso de incumplimiento y falta de pago de sumas cuantiosas, máxime cuando el mismo ni siquiera está respaldado en un acto administrativo o contrato”.

## 1.2. La apelación de la sentencia de primera instancia en el proceso de reparación directa

10. El 13 de junio de 2003, Droguerías Electra apeló la providencia de instancia. Consideró que el Tribunal había desconocido varios medios de prueba que demostraban el suministro de elementos y medicamentos por su parte y a favor de Caprecom, además de que se había fundamentado en una referencia general a los mismos y no a un estudio individual suyo. De otra parte, censuró la postura procesal de Caprecom, al indicar que no le constaba el suministro de medicamentos, a pesar de que había certificado su recepción entre los meses de agosto de 1996 y octubre de 1997.

## 1.3. La sentencia de segunda instancia en el proceso de reparación directa (objeto de la acción de tutela)

11. En sentencia de 31 de mayo de 2016, la Subsección B de la Sección Tercera del Consejo de Estado –en adelante el Consejo de Estado– revocó de manera parcial la sentencia impugnada. De un lado, consideró que Caprecom había incumplido de manera parcial el contrato suscrito con Droguerías Electra al encontrar acreditado que no había pagado cinco facturas presentadas de manera oportuna por esta última; en consecuencia, condenó a la entidad estatal a pagar a favor de la empresa demandante la suma de \$21'026,643, además de los intereses moratorios causados. De otro lado, negó la pretensión de enriquecimiento sin causa.

12. En los términos en que fue planteado por el Consejo de Estado, el objeto de la decisión fue el siguiente:

“Corresponde a la Sala resolver sobre las pretensiones de restablecimiento de equilibrio patrimonial, dado el enriquecimiento sin causa en provecho de la CAJA DE PREVISIÓN SOCIAL DE COMUNICACIONES, CAPRECOM, por el suministro de medicamentos y elementos médico

quirúrgicos efectuados por DROGUERÍAS ELECTRA LIMITADA, entre agosto de 1996 y octubre de 1997. || Para el efecto, la Sala previamente deberá establecer la obligación pendiente a solventar por el suministro de medicamentos en el marco contractual y determinar su exigibilidad, para luego resolver con fundamento en la jurisprudencia unificada de la Sección sobre la corrección del desequilibrio probado”.

13. Para decidir acerca de las pretensiones de la acción, el Consejo de Estado hizo referencia a los “hechos probados” (título 3), al “régimen legal aplicable” del contrato suscrito entre Droguerías Electra y Caprecom (título 4), a la “acción procedente” (título 5), al “incumplimiento del contrato” (título 6), al “enriquecimiento sin causa” (título 8 [sic]) y a la “liquidación de perjuicios” (título 9 [sic]).

14. En cuanto a los “hechos probados” (título 3), precisó que serían “valoradas las pruebas incorporadas por las partes en las oportunidades procesales, en cuanto cumplen los requisitos legales. La misma suerte correrán las copias que ambas partes conocieron y valoraron sin que fueran objetadas en oportunidad”. En este apartado hizo referencia a ciertas cláusulas del contrato 031 de marzo 1 de 1996, suscrito entre Caprecom y Droguerías Electra; al presunto plazo para el inicio del cumplimiento de las obligaciones; a un conjunto de comunicaciones cruzadas entre las partes durante el plazo de ejecución y con posterioridad a este; a algunas certificaciones expedidas por servidores de Caprecom y de la Clínica Fray Bartolomé de las Casas; a un acta de preacuerdo suscrita entre las partes; a una constancia en la diligencia de conciliación prejudicial 149-97 de diciembre 9 de 1997; a un aparte del acta de conciliación prejudicial 001-98 de enero 16 de 1998; al auto de febrero 12 de 1998, mediante el cual la Sección Tercera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca improbió la conciliación prejudicial y al auto de 22 de octubre de 1998 mediante el cual la Sección Tercera del Consejo de Estado lo confirmó; al contenido de 80 cajas, “contentivas de los originales de las fórmulas médicas despachadas y debidamente autorizadas por CAPRECOM E.P.S., así como de las facturas presentadas por Droguerías Electra Limitada a la Clínica Fray Bartolomé y a CAPRECOM expedidas entre el 11 de julio de 1996 y el 31 de octubre de 1997”; al informe de auditoría hecho a las citadas fórmulas y facturas realizado por el Grupo Funcional de Cuentas de Caprecom; a la relación de facturas de los medicamentos suministrados a Caprecom-Clínica Fray Bartolomé de las Casas y a usuarios generales de Caprecom, elaborado por la Auxiliar de Cartera de Droguerías Electra; al contenido de algunas facturas en particular y a recibos de pago de Caprecom a favor de

Droguerías Electra. Finalmente, el Consejo de Estado precisó:

“Se pone de presente que la facturación incorporada en segunda instancia, salvo contadas excepciones, tiene que ver con el suministro de medicamentos entre el 1º de enero y el 31 de octubre de 1997, esto es por fuera del límite temporal del contrato”.

15. En el acápite de “régimen legal aplicable” (título 4), realizó las siguientes precisiones, fundamentales para la resolución del caso. En primer lugar, que el contrato “se encontraba gobernado por las reglas del derecho privado, al margen de que las partes convinieron, en ejercicio de la autonomía de la voluntad, someterlo a las previsiones de la Ley 80 de 1993, hasta su terminación”. En segundo lugar, que a pesar de la sujeción al régimen privado, el contrato debía observar el “cumplimiento de los principios y fines constitucionales”, “sin que ello justifique el desconocimiento e inaplicación de los principios que gobiernan la función administrativa y la gestión fiscal, contemplados en los artículos 209 y 267 de la Constitución Política, por lo que, en estos casos, al margen de su naturaleza consensual, su eficacia de cara a las normas presupuestales, exige que los contratos sujetos al régimen privado, consten por escrito”. En tercer lugar, al caracterizar el contrato, indicó:

“Ahora, en lo que tiene que ver con el tipo de contrato y la naturaleza de la prestación, se conoce que tuvo por objeto el suministro de medicamentos genéricos y específicos y elementos médico quirúrgicos necesarios para la prestación de los servicios de salud, esto es se trataba de garantizar la entrega periódica de medicamentos a los usuarios de CAPRECOM. En cuanto a la contraprestación, se acordó precio unitario de los bienes y servicios, según el comportamiento del mercado. De modo que el objeto no tenía que ver con la prestación del servicio de salud, en cuanto no guarda relación con la atención, valoración o diagnóstico de los pacientes, usuarios del servicio, sin perjuicio de su conexidad”.

16. En relación con esta última idea, se resalta, para el Consejo de Estado el contrato suscrito entre Caprecom y Droguerías Electra “no tenía que ver con la prestación del servicio de salud, en cuanto no guarda relación con la atención, valoración o diagnóstico de los pacientes, usuarios del servicio, sin perjuicio de su conexidad”.

17. Al valorar la “acción procedente” (título 5), y en aplicación del principio iura novit curia, el Consejo de Estado consideró necesario diferenciar las prestaciones satisfechas en dos periodos: de un lado, “i) el incumplimiento del contrato, en lo que concierne al suministro de

medicamentos o elementos médico quirúrgicos, dentro del límite temporal convenido en el aludido contrato n.º 031 de 1º de marzo de 1996 y en el acta de 26 de agosto del mismo año” y, de otro, “ii) el suministro de medicamentos más allá del límite temporal”. A partir de esta distinción, en el título 6, relativo al “incumplimiento del contrato”, valoró el primer periodo; en el título 8 (sic), relativo al “enriquecimiento sin causa”, valoró el segundo.

18. En relación con el primer periodo, en el citado título 6, precisó que “los cobros solicitados por DROGUERÍAS ELECTRA LTDA, al amparo del contrato, debían limitarse a las facturas radicadas por el suministro de los medicamentos hechos a CAPRECOM en la Clínica Fray Bartolomé de las Casas o directamente hasta el 26 de octubre de 1996 y un mes más para su radicación y pago”. En consecuencia, de un lado, al constatar que hubo algunas “facturas impagadas, relacionadas, auditadas y probadas” dentro del plazo del contrato y el del periodo para su radicación y pago, su costo debía ser reconocido y actualizado “con el índice de precios al consumidor, pues no hay una anotación sobre su cancelación específica”. En todo caso, precisó que, “la entidad contratante estuvo presta a satisfacer en buena medida sus deberes contractuales, relacionados con el pago del precio del contrato”. De otro lado, en relación con los demás suministros realizados, esto es, “más allá de su vencimiento”, concluyó que, “no tenían que ver con las prestaciones acordadas al amparo del convenio”. Al ser esto último así, precisó:

“La Sala encuentra que un alto porcentaje de las facturas traídas al proceso, corresponden al suministro de medicamentos más allá del límite temporal, previsto en el contrato y en el convenio del 26 de agosto de 1996. En ese orden, solo procede reconocer los medicamentos suministrados y no pagados durante el término de ejecución y treinta días más, en cuanto se trata de obligaciones insatisfechas al amparo del contrato”.

19. En relación con el segundo periodo al que se hizo referencia supra, el estudio contenido en el título 8 (sic), “el enriquecimiento sin causa”, se circunscribió a determinar si era procedente el reconocimiento y pago de los suministros realizados por Droguerías Electra a favor de Caprecom por fuera del plazo del contrato. Para valorar su procedencia, indicó que seguiría la sentencia de unificación de la Sala Plena de la Sección Tercera del 19 de noviembre de 2012. A partir de esta indicó, de un lado, que, aunque la Sala Plena de la Sección “admitió algunas hipótesis en las que resulta procedente el ejercicio de la actio in rem verso, al margen de la actividad contractual de la administración, se exigió razones de

interés público o general”. Y, de otro, que, por tal exigencia, “la Sección, condicionó, igualmente, el reconocimiento judicial del enriquecimiento sin causa a i) que la entidad pública constriñó o impuso al particular la ejecución de prestaciones; ii) cuando sea urgente la prestación del servicio para evitar una amenaza o una lesión inminente e irreversible al derecho a la salud y iii) en los que sea imperativa la declaratoria de urgencia manifiesta”. Luego, in extenso, hizo referencia a los fundamentos de la citada decisión de unificación.

20. Al aplicar los parámetros de la sentencia de unificación al caso en concreto, concluyó que, “el suministro de los medicamentos y elementos médico quirúrgicos por fuera del marco contractual no se subsume en ninguna de las hipótesis consideradas por la Sección”. En relación con todas ellas, indicó:

“DROGUERÍAS ELECTRA LTDA no demostró que la prestadora de salud la constriñó para que continuara con el suministro de medicamentos, por lo que la única solicitud que en tal sentido le hizo el Subdirector Médico de Caprecom el 10 de agosto de 1997, no comporta una presión sino una persuasión, en cuanto no existe otro requerimiento que permita arribar a esa conclusión. Al tiempo, no probó que [sic] condiciones de urgencia exigían la entrega de medicamentos, de modo que las entregas realizadas por fuera del contrato no devienen en exigibles y así se resolverá. Lo anterior, en cuanto i) las partes se encontraban en condiciones de prorrogar el contrato y no lo hicieron, máxime si el suministro de los medicamentos se hizo por un año más, sin respaldo contractual, eludiendo la formalidad escrita y reduciendo el margen relacionado con las medidas de dirección, intervención y control fiscal, con pleno desconocimiento de los principios que informan las actuaciones administrativas, especialmente los relacionados con la transparencia y publicidad de la conducta, pues no puede pasarse por alto que CAPRECOM, en cuanto Empresa Industrial y Comercial del Estado del orden nacional hace parte de la estructura de la administración pública y ii) no está demostrada la necesidad del servicio por encontrarse en riesgo el derecho fundamental a la salud, en cuanto en este caso el contrato no tenía que ver con la prestación del servicio de salud, propiamente dicho, sino con el suministro por una sociedad comercial de medicamentos a la prestadora de salud. || Además, el suministro de medicamentos tampoco obedece a una situación de urgencia manifiesta, caso en el cual le correspondía a la administración declararla mediante acto motivado, pues, cuando la administración omite tal declaratoria y procede a solicitar la ejecución de obras, prestación de servicios y suministro de bienes, sin contrato escrito alguno, no se configura dicha fuente

de las obligaciones, pues lo que se observa es que las partes, conscientes de la situación, deliberadamente omitieron suscribir el contrato debiendo hacerlo, pasando por alto los principios que gobiernan las actuaciones administrativas”.

21. En consecuencia, dado que el asunto no se subsumía en ninguna de las hipótesis previstas por la jurisprudencia de unificación, lo procedente era revocar parcialmente la decisión, y aclaró:

“pero solo para declarar el incumplimiento parcial del contrato y limitar su reconocimiento al pago de las facturas relacionadas con el suministro de los medicamentos hasta el 26 de octubre de 1996 y un mes más, como quedó expuesto o aquellas en que está acreditado el suministro de medicamentos en el mismo periodo, así la facturación sea posterior”.

22. Finalmente, precisó que dicha declaratoria no desconocía el hecho de que Caprecom había cumplido “en alto porcentaje su obligación contractual relativa al pago del precio, incluso más allá del límite temporal, conforme dan cuenta los recibos de pago que obran en el plenario”, a partir de los cuales concluyó que, no obstante que el valor inicial del contrato había sido de \$800'000,000, “CAPRECOM por el suministro de medicamentos en el marco del contrato y más allá del límite convenido canceló a DROGUERÍAS ELECTRA LTDA la suma de \$ 4.185.530.576,00”.

## 2. Pretensiones y fundamentos de la solicitud de tutela

23. Mediante escrito de 10 de marzo de 2017, Droguerías Electra presentó acción de tutela en contra de la Subsección B de la Sección Tercera del Consejo de Estado al considerar que la sentencia del 31 de mayo de 2016 adolecía de los siguientes defectos: (i) violación directa de la Constitución, (ii) material o sustantivo y (iii) fáctico.

### 2.1. El presunto defecto por violación directa de la Constitución

24. Fundamentó este en la siguiente tesis:

“En el presente caso, se afectan tanto el debido proceso como la seguridad jurídica, cuando el Consejo de Estado, en la sentencia impugnada, aplica de forma retroactiva las reglas jurisprudenciales desarrolladas por el Consejo de Estado en la sentencia de unificación de 19 de noviembre de 2012, para el reconocimiento del enriquecimiento sin causa, aplicadas a

una demanda interpuesta en octubre de 1999, por hechos ocurridos entre agosto de 1996 y octubre de 1997”.

25. Para el accionante, dado que los hechos que dieron fundamento a la demanda de reparación directa ocurrieron entre 1996 y 1997, y la demanda fue presentada en octubre de 1999, “el régimen jurídico vigente en ese momento, relativo al enriquecimiento sin causa, se encontraba en las reglas jurisprudenciales del Consejo de Estado de esa época”. Y, según estas, “resultaba procedente que se condenara a Caprecom a restituir ese indebido acrecimiento patrimonial [...] pues como ya se mencionó, el Consejo de Estado entendía que la administración tenía la obligación de pagar las obligaciones ejecutadas con asentimiento de su parte, sin que pudiera alegar el hecho de no haber celebrado un contrato solemne”.

26. Además, consideró que se había desconocido su derecho a la igualdad, “puesto que a diversos sujetos en las mismas condiciones en las que se encuentra mi representada, y en la época de los hechos y presentación de la demanda, se les reconoció, considerando la jurisprudencia vigente del Consejo de Estado, la indemnización surgida por la configuración del enriquecimiento sin causa, y recibieron el pago de las prestaciones que fueron ejecutadas”. En particular, hizo referencia a apartados de las siguientes 3 sentencias proferidas por la Sección Tercera del Consejo de Estado: de 6 de septiembre de 1991, de 8 de mayo de 1995 y de 29 de enero de 1998.

## 2.2. El presunto defecto material o sustantivo

27. Fundamentó este en la siguiente tesis principal, análoga a la propuesta para derivar el presunto defecto por violación directa de la Constitución:

“Hay defecto sustantivo por el hecho de aplicar retroactivamente una interpretación judicial surgida en el año 2012, a un conflicto jurídico cuyos hechos ocurrieron entre los años 1996 y 1997, y cuya demanda se presentó en 1999. De forma que en la sentencia se aplica erróneamente la interpretación de una norma jurídica, atentando contra los intereses legítimos de mi representada, intereses que fueron ya analizados en el acápite anterior [hace referencia a las razones que propuso para fundamentar el defecto por violación directa de la Constitución]”.

28. De manera subsidiaria, consideró que se configuraba el citado defecto (material o

sustantivo), ya que de haberse considerado aplicable “la sentencia de unificación de 19 de noviembre de 2012”, se habría configurado “una de las causales de procedencia para el reconocimiento del enriquecimiento sin justa causa”, “cuando sea urgente la prestación del servicio para evitar la amenaza o lesión inminente e irreversible al derecho a la salud”. Según indicó el accionante,

“[...] contra toda lógica y por medio de una simple afirmación, sin fundamento probatorio, considera que el suministro de medicamentos al interior de un hospital, no constituye la prestación de un servicio de salud, ignorando que el suministro de medicamentos se hizo por mi representada al interior de la clínica Fray Bartolomé de las Casas, medicamentos que constituyen una necesidad esencial para la prestación del servicio de salud, lo cual guarda relación directa con la atención de los pacientes, como resulta del memorando de 10 de agosto de 1997 donde el Subdirector Médico de la Clínica Fray Bartolomé de las Casas solicitó a Droguerías Electra que ‘que no sea cerrado por parte de ustedes el despacho de drogas intrahospitalarias (urgencias y hospitalizaciones), ya que con esto se desestabilizaría la recuperación de los pacientes’ [...]”.

29. También indicó que se habría configurado otra de las “circunstancias de procedencia de la indemnización por enriquecimiento sin justa causa, cuando se prueba que la entidad estatal constriñó o impuso al particular la ejecución de prestaciones”, así:

“En el caso concreto, debe recordarse que, primero, en oficio de 25 de julio de 1997 la Subdirectora Jurídica de Caprecom solicitó a Droguerías Electra que continuara con el suministro de medicamentos mientras se conseguían los recursos, de tal manera que se pidió ‘nos apoyen con la tranquilidad y la paciencia que amerita la situación’ [...] Además, el constreñimiento –y de paso el carácter intrahospitalario de los medicamentos– quedó claro en el citado memorando de 10 de agosto de 1997 [del] Subdirector Médico de la Clínica Fray Bartolomé de las Casas”.

### 2.3. El presunto defecto fáctico

30. Indicó que este se habría configurado dado que el Consejo de Estado omitió valorar los siguientes medios de prueba: (i) las solicitudes en las que Caprecom le pidió no suspender “los despachos de medicamentos” para “evitar el riesgo” de afectación de los servicios intrahospitalarios. (ii) Las certificaciones que expidió el Director General de Caprecom, que

daban cuenta del “suministro periódico de medicamentos y elementos médico quirúrgicos por parte de mi representada, tanto a Caprecom como a su dependencia, la Clínica Fray Bartolomé de las Casas”. (iii) “El Acta de Preacuerdo No. 0307 de 2 de diciembre de 1997, dentro del proceso conciliatorio que se adelantó ante la Procuraduría Delegada ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca”, que daba cuenta del “suministro de los medicamentos y elementos médico quirúrgicos, y sobre la consiguiente obligación de pago insoluta”. (iv) “La aceptación expresa de Caprecom, mediante certificación que expidió el 26 de mayo de 1999, de que el valor de los medicamentos suministrados y no pagados era de \$6.582’196.154,07”. (v) “La solicitud conjunta de trámite de conciliación de 17 de agosto de 1999 [...] en donde las partes manifestaron que no había diferencia alguna sobre la suma adeudada, la cual en la mencionada solicitud se refirió que ascendía a \$6.582’196.154”. Señaló que en caso de que el Consejo de Estado los hubiese valorado, habría debido concluir que, “Caprecom había aceptado el hecho de que el suministro de medicamentos se extendió más allá del plazo contractual, y había aceptado también la deuda que tenía contra Droguerías Electra por tales prestaciones”.

31. Como consecuencia de la presunta configuración de estos defectos, solicitó el amparo de sus derechos fundamentales al debido proceso y a la igualdad y, en consecuencia,

“se revoque o deje sin efectos parcialmente la sentencia de 31 de mayo de 2016 [...] y en su lugar, se reconozca que Caprecom se enriqueció sin justa causa, a costa de la sociedad Droguerías Electra, y por consiguiente, se condene a Caprecom y a la Nación-Ministerio de Hacienda y Crédito Público, a pagarle a mi representada la suma equivalente al empobrecimiento de su patrimonio, correspondiente al valor de los medicamentos que le suministró y ésta no le pagó”.

### 3. Intervenciones en el proceso de tutela

32. Mediante auto de 4 de abril de 2017, la Sección Cuarta del Consejo de Estado admitió la acción de tutela y vinculó a los cesionarios de derechos litigiosos de Droguerías Electra y como terceros con interés a Caprecom y al Ministerio de Hacienda y Crédito Público. La parte demandada y los terceros con interés intervinieron en el proceso de tutela en los siguientes términos:

#### 3.1. Subsección B de la Sección Tercera del Consejo de Estado

33. La consejera ponente en la providencia censurada solicitó negar la acción de tutela, dado que “carecen de fundamento los defectos que la actora endilga a la sentencia impugnada”, por las siguientes razones:

34. (i) La decisión de negar las pretensiones se fundamentó en el hecho de que “la actora no acreditó que el suministro cuyo pago reclama se acompase con los criterios jurisprudenciales unificados, en lo relativo al reconocimiento de la compensación por servicios prestados al margen del contrato estatal”.

35. (ii) No le era dable a la Subsección apartarse del criterio de unificación, dado que en dicha providencia se señaló que los criterios “sobre el enriquecimiento sin causa aplican a los procesos pendientes de decisión, al margen de la jurisprudencia imperante al tiempo de ocurrencia de los hechos y prestación de la demanda”.

36. (iii) “El ordenamiento no impone a las decisiones judiciales los mismos límites de la irretroactividad con los mismos alcances previstos para las ‘leyes posteriores’. || Ello es así, en esencia, porque mientras las leyes establecen con carácter general, a partir de su vigencia, los hechos y requisitos con arreglo a los que se adquieren, ejercen, conservan o pierden los derechos, las sentencias deciden en cada caso concreto sobre la adquisición, extinción, pérdida, protección o cesación de efectos del derecho, incluso con efectos retroactivos, cuando ello es posible y la protección del interés superior así lo demanda”.

37. (iv) Los precedentes judiciales no garantizan derechos adquiridos per se, salvo “aquellos que se declararon o constituyeron en favor de las personas respecto de las que produce sus efectos la sentencia invocada”. Por tanto,

“Si, como lo tiene establecido unánimemente la Corporación, la sentencia condenatoria que decide la reparación es de naturaleza constitutiva, no es dable el entendimiento en el sentido de que antes de esa decisión se tenga el derecho adquirido o la situación jurídica consolidada sobre la reparación o compensación”.

38. (v) Finalmente,

### 3.2. Ministerio de Hacienda y Crédito Público

39. Indicó que le eran ajenas las reclamaciones que pretendía Droguerías Electra, dado que

en el proceso de reparación directa tanto el Tribunal Administrativo como el Consejo de Estado declararon probada la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva propuesta por el citado ministerio. Además, indicó que no había sido accionada en el proceso de tutela como tampoco le era exigible la garantía de los derechos fundamentales incoados por el accionante, dado que su presunta vulneración habría tenido como causa la sentencia censurada y no una actuación suya.

40. En todo caso, indicó, además, que la acción era improcedente por las siguientes razones: (i) la tutela pretende “acceder a una instancia extraproceso con miras a vulnerar la estabilidad jurídica de la cual debe gozar todo Estado Social de Derecho”; (ii) no se cumple el requisito de subsidiariedad, dado que el accionante “pudo solicitar la aclaración, complementación o corrección de la sentencia u [sic] en su defecto acudir el [sic] recurso extraordinario de revisión”; (iii) la acción no satisface la exigencia de inmediatez, pues esta se interpuso “más nueve meses” después de que se profirió la sentencia cuestionada, “y es de recordar que por vía jurisprudencial, el Consejo de Estado ha determinado que sea de seis meses”.

#### 4. Decisiones objeto de revisión

##### 4.1. Sentencia de tutela de primera instancia

41. En sentencia del 2 de agosto de 2017, la Sección Cuarta del Consejo de Estado negó la tutela.

42. Luego de hacer referencia a las razones que fundamentaron las decisiones del Tribunal Administrativo y del Consejo de Estado, en el proceso de reparación directa, consideró que no se configuraba algún defecto que hiciera procedente la acción de tutela en contra de la providencia proferida por el Consejo de Estado.

43. En primer lugar, indicó que “la autoridad judicial demanda valoró las pruebas aportadas al proceso y conforme a las normas y la jurisprudencia aplicables en este caso”; además, “hizo una interpretación razonable para tomar la decisión que aquí se cuestiona”.

44. En segundo lugar, precisó que “la actora no logró demostrar los elementos constitutivos del enriquecimiento sin causa, como eran que, Caprecom hubiera constreñido a Droguerías

Electra para que continuara con el suministro, que existieran condiciones de urgencia que obligaran a la continuidad del servicio y, tampoco se probó que fuera necesaria la prestación porque se encontraba en riesgo el derecho a la salud”.

45. En tercer lugar, indicó que “Tampoco se incurrió en defecto sustantivo ni en violación del debido proceso y del derecho a la seguridad jurídica por cuanto la Sección Tercera estaba obligada a aplicar su precedente por tratarse de una sentencia de unificación de esa misma Sección, esto es, del órgano de cierre, que fijó el criterio que debía tenerse en cuenta al momento de dictar la sentencia”. En relación con esta última razón, agregó que la Subsección,

“resolvió el asunto conforme a la sentencia de unificación sobre la materia que era el precedente obligatorio, por ser el aplicable al caso concreto y estaba vigente para la fecha en que se profirió la sentencia cuestionada, más allá de que los hechos hubieran ocurrido con anterioridad, pues correspondía al juez de instancia aplicar el precedente vigente, con el fin de que no se desconozcan el debido proceso y la seguridad jurídica”.

46. Finalmente, indicó que la pretensión de la parte actora es “que el juez constitucional estudie nuevamente los argumentos y pruebas que analizó el juez natural, lo cual no es objeto de la acción de tutela”.

#### 4.2. Impugnación

47. Droguerías Electra impugnó la sentencia de tutela instancia y solicitó su revocatoria. Indicó que esta vulneraba “el principio de seguridad jurídica que supone que las relaciones jurídicas se regirán por las normas que se encuentran vigentes al momento de éstas configurarse, y el principio de irretroactividad de la ley, según el cual, las normas se aplican hacia el futuro, es decir, a situaciones de hecho ocurridos con posterioridad a su publicación”. Además, precisó que la decisión de instancia daba “prevalencia a lo formal, dejando de lado el derecho sustancial que le asiste a Droguerías Electra, que actuó con la confianza legítima de que las reglas jurisprudenciales vigentes en el momento de los hechos, permitirían el reconocimiento del valor de los medicamentos que se estaban suministrando a Caprecom”.

#### 4.3. Sentencia de tutela de segunda instancia

48. Luego de sanear el trámite de tutela, en sentencia del 8 de noviembre de 2017, la Sección Quinta del Consejo de Estado negó la solicitud de desvinculación del Ministerio de Hacienda y Crédito Público y confirmó la decisión de la Sección Cuarta por las siguientes razones:

49. En primer lugar, ante la inexistencia de una “posición pacífica al interior de la jurisdicción de lo contencioso administrativo en relación con el enriquecimiento sin causa”, “no merece reproche alguno por parte del juez constitucional” que la autoridad judicial demandada hubiese aplicado el criterio de unificación contenido en la sentencia de noviembre 19 de 2012, dado que,

“como bien lo ha aceptado la Corte Constitucional[] y esta Sala de Decisión[], los criterios expuestos en una sentencia de unificación son de aplicación inmediata respecto de los operadores judiciales, aspecto que además, [sic] es fiel reflejo de la autonomía e independencia que caracteriza la función jurisdiccional”.

50. En segundo lugar, indicó:

“Al estudiar el contenido de la sentencia de unificación a que se ha hecho referencia, se precisó que dicha postura ya venía siendo considerada por la jurisdicción, razón por la cual, su adopción como criterio unificado, en realidad no correspondió a un cambio intempestivo o repentino respecto de la interpretación de la norma y sus efectos, por lo que resultaba probable, que incluso sin la sentencia de unificación, el caso de la sociedad Droguerías Electra Ltda -en reestructuración- hubiere podido ser fallado bajo dicha óptica”.

51. Finalmente, precisó lo siguiente:

“de pensarse que era procedente la aplicación de la tesis vigente al momento de la presentación de la demanda [...] no se demostraron por parte de Droguerías Electra Limitada -en reestructuración- los elementos para que procediera la indemnización bajo dicha figura, pues como lo estableció la primera instancia del proceso ordinario, los elementos de convicción aportados no evidenciaron la prestación efectiva de un servicio a favor de CAPRECOM. En esa medida, independiente de la tesis aplicada por el fallador de instancia, la decisión de negar las pretensiones de la demanda serían las mismas, toda vez que la falencia probatoria se mantendría”.

## 5. Actuaciones en sede de revisión

52. Mediante escrito de abril 11 de 2018, Droguerías Electra solicitó se revocara la sentencia de segunda instancia, proferida en sede de tutela.

53. Mediante auto del 27 de junio de 2018, el magistrado sustanciador solicitó a la Subsección B de la Sección Tercera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca que remitiera, en calidad de préstamo, el expediente del proceso No. 1999-2596, “correspondiente a la acción de reparación directa que presentó Droguerías Electra Limitada contra la Caja de Previsión Social de Comunicaciones –Caprecom– y el Ministerio de Hacienda y Crédito Público”. Igualmente, ordenó que una vez fuesen recibidas las pruebas, se pusieran a disposición de las partes o terceros con interés por el término de 3 días.

54. En cumplimiento del auto anterior, mediante oficio del 3 de julio de 2018, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca remitió el expediente.

55. En el término de traslado del auto en cita, Droguerías Electra indicó lo siguiente:

“Revisada la documentación puesta a disposición por la Secretaría, NO se encuentran las 80 cajas con las facturas aportadas por CAPRECOM que dan cuenta de los suministros realizado [sic] por Droguerías Electra Ltda. Como una de las consideraciones de los jueces que han conocido del proceso ha sido la falta o deficiencia de pruebas que demuestren los suministros reclamados, resulta indispensable acceder a la documentación que demuestra el suministro de los medicamentos y la acreditación de su cuantía”.

56. En el mismo término, Fiduprevisora S.A., vocera del P.A.R. Caprecom Liquidado, solicitó se confirmaran las decisiones de tutela de instancia, por las siguientes razones: en primer lugar, indicó que la acción era improcedente por falta de subsidiariedad e inmediatez. Sin perjuicio de lo anterior, presentó diferentes razones para sostener por qué la sentencia cuestionada no adolecía de ningún defecto. En particular, indicó que no se presentaba un defecto fáctico, “puesto que fue amplio el análisis probatorio que desplego [sic] el Consejo de Estado [...] relacionado con toda la facturación de la aquí accionante y el contrato de suministro de medicamentos No. 031 de 1996”. Señaló que no se configuraba el alegado defecto material o sustantivo, dado que la decisión se fundamentó “en el análisis normativo previsto para estos casos, concretamente sobre las normas que rigen la contratación del

régimen privado, las que rigen la contratación estatal y los principios legales y constitucionales”. Finalmente, precisó que tampoco se configuraba el defecto por violación directa de la Constitución, ya que la decisión se profirió “conforme al precedente jurisprudencial establecido sobre el enriquecimiento sin causa, sin que con ello se vislumbre la vulneración de los derechos fundamentales invocados”.

57. El día 29 de enero de 2020, la Dra. Ruth Stella Correa Palacio tomó posesión del cargo como conjuez en el proceso de la referencia, “de conformidad con lo dispuesto en el inciso final del artículo 54 de la Ley Estatutaria 270 de 1996 y el sorteo efectuado en sesión de dicha Sala [hace referencia a la Sala Plena de la Corte Constitucional] celebrada el treinta y uno (31) de enero de dos mil diecinueve (2019)”.

## . CONSIDERACIONES

### 1. 1. Competencia

58. La Corte Constitucional es competente para revisar las decisiones de tutela proferidas en el expediente de la referencia, con fundamento en lo dispuesto por el inciso 3° del artículo 86 y el numeral 9 del artículo 241 de la Constitución Política, en concordancia con los artículos 33, 34, 35 y 36 del Decreto 2591 de 1991.

### 2. Metodología de resolución del caso

59. Cuando se cuestiona la constitucionalidad de una providencia judicial, la decisión de amparo está sujeta al cumplimiento de dos exigencias: (i) que, en los términos del artículo 86 de la Constitución, el Decreto 2591 de 1991 y el precedente reiterado de la sentencia C-590 de 2005, se verifiquen ciertas cargas argumentativas especiales en relación con la procedibilidad de la acción, y (ii) que se configure algún específico defecto reconocido por la jurisprudencia constitucional. Además, de cuestionarse una sentencia proferida por una Alta Corte, en la valoración de estas exigencias se debe acreditar que se trata de un caso “definitivamente incompatible con el alcance y límite de los derechos fundamentales que han sido desarrollados por la Corte Constitucional o cuando se genera una anomalía de tal entidad que es necesaria la intervención del juez constitucional”.

60. A partir de lo dicho, la Sala examinará si la acción de tutela presentada por Droguerías

Electra cumple con los requisitos genéricos de procedibilidad para cuestionar una decisión proferida por una Alta Corte. De acreditarse, se determinará si la providencia judicial cuestionada incurre en alguno de los defectos alegados.

### 3. Estudio de procedibilidad de la acción de tutela

61. Para facilitar la valoración de los requisitos de procedibilidad, el estudio iniciará por verificar el cumplimiento de las exigencias más formales, para avanzar hacia aquellas más sustanciales. En particular, se hará hincapié en la exigencia de fundamentación, en la cual se plantearán los cuestionamientos que realiza el accionante a la decisión judicial impugnada y a partir de los cuales se valorará el ejercicio subsidiario de la acción de tutela, su relevancia constitucional y el carácter definitorio de las presuntas irregularidades.

#### 3.1. Legitimación en la causa y tipo de providencia que se cuestiona

#### 3.2. Fundamentación: identificación razonable de los hechos que generan la vulneración y los derechos vulnerados

63. Esta exigencia se satisface si se tienen en cuenta las siguientes razones que plantea el accionante para cuestionar la constitucionalidad de la decisión del Consejo de Estado, al adolecer de los siguientes defectos: (i) violación directa de la Constitución, (ii) material o sustantivo y (iii) fáctico.

64. En primer lugar, la autoridad judicial demandada habría aplicado de manera retroactiva la sentencia de unificación de la Sección Tercera del 19 de noviembre de 2012 (expediente 24897) a un asunto que habría resolverse de conformidad con la jurisprudencia vigente al momento en que se presentó la demanda de reparación directa (1999).

65. En segundo lugar, de haberse considerado aplicable aquella jurisprudencia de unificación, la autoridad judicial accionada habría desconocido que el caso se subsumía en alguno de los siguientes dos supuestos unificados: (i) el del constreñimiento o (ii) “cuando sea urgente la prestación del servicio para evitar la amenaza o lesión inminente e irreversible al derecho a la salud”.

66. En tercer lugar, el Consejo de Estado no habría valorado distintos medios de prueba (relacionados en el epígrafe 2 del acápite de “I. Antecedentes” supra), a partir de los cuales

se infería que “Caprecom había aceptado el hecho de que el suministro de medicamentos se extendió más allá del plazo contractual, y había aceptado también la deuda que tenía contra Droguerías Electra por tales prestaciones”.

67. Por tanto, el Consejo de Estado habría debido reconocer que Caprecom se enriqueció sin justa causa a costa de la sociedad Droguerías Electra y, en consecuencia, habría debido condenar a la citada entidad, al igual que a la Nación–Ministerio de Hacienda y Crédito Público, a pagarle a la sociedad accionante la suma equivalente al empobrecimiento de su patrimonio, correspondiente al valor de los medicamentos que le suministró y que nunca le fueron pagados.

### 3.3. Subsidiariedad

68. En el presente asunto se cuestiona una decisión de segunda instancia, proferida en un proceso de reparación directa, respecto de la cual no procede recurso alguno para cuestionar el posible desconocimiento de los derechos fundamentales alegados por la accionante, a partir de las razones de que da cuenta el apartado anterior. En efecto, como bien lo señaló esta, “En este caso, el recurso extraordinario de revisión no resultaba procedente, debido a que las circunstancias de hecho no se enmarcan en ninguna de las causales de procedencia de este recurso, establecidas en el artículo 250 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo”.

69. En efecto, ninguna de las causales que contiene el artículo 250 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo –en adelante, CPACA– es aplicable prima facie al caso cuyo estudio ocupa la Sala. Si bien, tanto el Ministerio de Hacienda como Fiduprevisora S.A., vocera del P.A.R. Caprecom Liquidado, indicaron que la acción debía declararse improcedente dado que el tutelante habría debido agotar el recurso en cita, no justificaron por qué alguna de las causales taxativamente dispuestas en el citado artículo era aplicable.

70. Así las cosas, encuentra la Sala satisfecha la carga de subsidiariedad.

### 3.4. Inmediatez

71. La jurisprudencia constitucional ha reiterado que la exigencia de inmediatez es más

estricta cuando se interpone en contra de una sentencia proferida por una Alta Corte, dado que en estos casos se encuentra involucrado el respeto a los principios de seguridad jurídica y cosa juzgada, así como la presunción de acierto de las decisiones de las citadas autoridades judiciales. Por tal razón, ha señalado que la tutela debe presentarse en un término oportuno, justo y razonable, de allí que el tutelante deba satisfacer una carga argumentativa que dé cuenta de razones suficientes que justifiquen el término de presentación de la acción.

72. En el presente asunto, la Sala constata que esta exigencia se satisface. Como a continuación se aprecia, entre la presentación de la acción de tutela y la ejecutoria de la decisión que se ataca no transcurrió un término superior a 6 meses, término que la jurisprudencia constitucional ha considerado prima facie razonable, y que el accionante consideró vinculante para satisfacer esta exigencia de procedibilidad:

(a) Ejecutoria de la decisión judicial que se cuestiona

(b) Presentación de la acción de tutela

Término que transcurrió entre (a) y (b)

29 de septiembre de 2016

10 de marzo de 2017

5 meses y 11 días

### 3.5. Relevancia constitucional del caso y de la presunta irregularidad

74. Por tanto, solo la evidencia prima facie de una afectación de derechos fundamentales permite superar el requisito de relevancia constitucional de la tutela en contra de providencias judiciales. De allí que le corresponda al accionante justificar razonablemente la existencia de una restricción prima facie a un derecho fundamental.

75. Esta exigencia resulta especialmente relevante en los eventos en los que se censura una sentencia proferida por una Alta Corte, pues en estos casos la competencia interpretativa de cierre resulta sistémicamente más relevante y, por tanto, la evaluación debe ser más estricta

que la que pudiera hacerse en los demás eventos de procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales.

76. En el caso objeto de estudio se acredita esta exigencia jurisprudencial si se tiene en cuenta que el accionante logró caracterizar una plausible afectación prima facie al debido proceso en los siguientes términos:

“Este caso resulta de relevancia constitucional, pues una decisión judicial omitió la aplicación directa de disposiciones constitucionales, aplicando retroactivamente una sentencia de unificación, en donde se estableció la interpretación jurisprudencial del enriquecimiento sin causa, a un caso cuyos hechos y demanda se presentaron aproximadamente entre 15 y 13 años antes de proferida la sentencia con esa nueva interpretación, afectando así los derechos fundamentales al debido proceso y a la igualdad de mi representada y vulnerando el principio constitucional de seguridad jurídica”.

77. Si bien, el argumento anterior únicamente justifica la relevancia constitucional del caso a partir de una de las razones que fundamentan la censura, lo cierto es que de admitirse como procedentes todas las formuladas (descritas en el epígrafe 3.2 supra) habría lugar a amparar el derecho fundamental al debido proceso, mediante la orden al juez de valorar las razones propuestas para que profiera una sentencia sustitutiva que no contenga los defectos advertidos. Dada esta inferencia plausible, debe la Sala proceder a valorar, de fondo, si, efectivamente, las sentencias cuestionadas adolecen de alguno de los defectos alegados en su contra.

#### 4. Problema jurídico y estructura de decisión

78. Le corresponde a la Sala valorar si la sentencia judicial atacada incurre en los defectos por violación directa de la Constitución, material o sustantivo y fáctico alegados, en los términos delimitados en el epígrafe 3 anterior y en concordancia con su formulación por el accionante, descrita en el epígrafe 2 del acápite de “I. Antecedentes”.

79. En el epígrafe 5 infra se presentan las razones por las cuales la decisión de la Subsección B de la Sección Tercera del Consejo de Estado de solucionar el caso a partir de la aplicación de una jurisprudencia de unificación posterior a los hechos que dan origen a una demanda de reparación directa –la sentencia de unificación de la Sección Tercera del 19 de noviembre de

2012, expediente 24.897- no desconoce per se derecho alguno y, por tanto, no es constitutiva de un defecto por violación directa de la Constitución ni tampoco material o sustantivo.

80. En el epígrafe 6 infra se presentan las razones por las cuales la aplicación que la Subsección B de la Sección Tercera del Consejo de Estado hizo de la jurisprudencia de unificación en materia de actio in rem verso no adolece de los defectos material y fáctico alegados, en la medida en que no puede calificarse de “definitivamente incompatible con el alcance y límite de los derechos fundamentales que han sido desarrollados por la Corte Constitucional o cuando se genera una anomalía de tal entidad que es necesaria la intervención del juez constitucional”.

5. La sentencia no adolece de los defectos por violación directa de la Constitución ni material o sustantivo alegados: la decisión de solucionar el caso a partir de la aplicación de una jurisprudencia de unificación posterior a los hechos que dan origen a una demanda de reparación directa no desconoce per se derecho alguno

81. Si bien las pretensiones del accionante pudieron encontrar apoyo en algunas sentencias de la Sección Tercera para la época en que se presentó la demanda, al encontrarse en colisión con otras no podía afirmarse que se tratara de un derecho cierto sino de una mera expectativa. Por tanto, la aplicación que de la jurisprudencia de unificación en materia de actio in rem verso hizo la autoridad judicial accionada para resolver la controversia entre Droguerías Electra y Caprecom no es constitutiva ni de un defecto por violación directa de la Constitución ni de uno material o sustantivo.

82. En primer lugar, tal como se reconoció en la sentencia de unificación cuya aplicación censura el tutelante, antes de su expedición en el año de 2012 -que, resolvió una controversia acerca de hechos acaecidos entre los años de 1998 y 1999, contemporáneos a los que dieron fundamento a la reclamación de Droguerías Electra, y de circunstancias fácticas análogas- existía, “una pluralidad de posiciones sobre estos temas que finalmente se traducen en una situación de ambigüedad e inseguridad, razón por la cual se hace necesario que la Sección Tercera proceda a unificar la jurisprudencia aplicable a éste [sic] tipo de asuntos y por ello ha asumido el conocimiento del presente caso”.

84. De un lado, contrario a lo que afirma el tutelante, tal como se precisó en la sentencia de

unificación, ni siquiera para los años de 1996 y 1997 existía una postura jurisprudencial inequívoca, a partir de la cual fuese posible inferir, con certeza, como lo hace el accionante, que “resultaba procedente que se condenara a Caprecom a restituir ese indebido acrecimiento patrimonial [...] pues como ya se mencionó, el Consejo de Estado entendía que la administración tenía la obligación de pagar las obligaciones ejecutadas con asentimiento de su parte, sin que pudiera alegar el hecho de no haber celebrado un contrato solemne”.

85. El reconocimiento de un presunto enriquecimiento sin causa suponía una valoración concreta de las específicas circunstancias fácticas de cada caso, de allí que, como en una de las providencias que se cita en la sentencia de unificación, “la teoría del enriquecimiento sin causa no puede ser invocada como fuente de obligaciones, sin reflexionar a fondo sobre la realidad fáctica que le sirve de apoyo”. En gracia de considerar admisible el argumento del tutelante, le correspondía al juez administrativo valorar si, en las circunstancias de los casos en concreto, la *actio in rem verso* no daba lugar a la elusión de “una disposición imperativa de la ley”, exigencia que la jurisprudencia contencioso administrativa había tomado de la jurisprudencia antecesora de la Corte Suprema de Justicia.

86. De otro lado, fue solo con la sentencia de la Sala Plena de la Sección Tercera del Consejo de Estado que se unificó la jurisprudencia dispersa en la materia, a partir de una tesis general de improcedencia y otra de aplicación excepcional, a partir de 3 supuestos enunciativos y exceptivos de la regla general de improcedencia. Según la primera,

“12.1 [...] por regla general, el enriquecimiento sin causa, y en consecuencia la *actio in rem verso*, que en nuestro derecho es un principio general [...] no pueden ser invocados para reclamar el pago de obras, entrega de bienes o servicios ejecutados sin la previa celebración de un contrato estatal que los justifique por la elemental pero suficiente razón consistente en que la *actio in rem verso* requiere para su procedencia, entre otros requisitos, que con ella no se pretenda desconocer o contrariar una norma imperativa o cogente” (negrilla del texto original).

87. De conformidad con la segunda,

“12.2. Con otras palabras, la Sala admite hipótesis en las que resultaría procedente la *actio in rem verso* sin que medie contrato alguno pero, se insiste, estas posibilidades son de carácter excepcional y por consiguiente de interpretación y aplicación restrictiva, y de

ninguna manera con la pretensión de encuadrar dentro de estos casos excepcionales, o al amparo de ellos, eventos que necesariamente quedan comprendidos dentro de la regla general que antes se mencionó. || Esos casos en donde, de manera excepcional y por razones de interés público o general, resultaría procedente la actio de in rem verso a juicio de la Sala, serían entre otros los siguientes: || a) Cuando se acredite de manera fehaciente y evidente en el proceso, que fue exclusivamente la entidad pública, sin participación y sin culpa del particular afectado, la que en virtud de su supremacía, de su autoridad o de su imperium constriñó o impuso al respectivo particular la ejecución de prestaciones o el suministro de bienes o servicios en su beneficio, por fuera del marco de un contrato estatal o con prescindencia del mismo. || b) En los que es urgente y necesario adquirir bienes, solicitar servicios, suministros, ordenar obras con el fin de prestar un servicio para evitar una amenaza o una lesión inminente e irreversible al derecho a la salud, derecho este que es fundamental por conexidad con los derechos a la vida y a la integridad personal, urgencia y necesidad que deben aparecer de manera objetiva y manifiesta como consecuencia de la imposibilidad absoluta de planificar y adelantar un proceso de selección de contratistas, así como de la celebración de los correspondientes contratos, circunstancias que deben estar plenamente acreditadas en el proceso contencioso administrativo, sin que el juzgador pierda de vista el derrotero general que se ha señalado en el numeral 12.1 de la presente providencia, es decir, verificando en todo caso que la decisión de la administración frente a estas circunstancias haya sido realmente urgente, útil, necesaria y la más razonablemente ajustada a las circunstancias que la llevaron a tomar tal determinación. || c) En los que debiéndose legalmente declarar una situación de urgencia manifiesta, la administración omite tal declaratoria y procede a solicitar la ejecución de obras, prestación de servicios y suministro de bienes, sin contrato escrito alguno, en los casos en que esta exigencia imperativa del legislador no esté excepcionada conforme a lo dispuesto en el artículo 41 inciso 4º de la Ley 80 de 1993”.

88. En segundo lugar, considerar como admisible la tesis que propone el accionante para fundamentar los presuntos defectos, supondría que la Subsección B de la Sección Tercera del Consejo de Estado habría debido separarse de la jurisprudencia de unificación. De considerarse prima facie admisible esta fundamentación, al tratarse de un supuesto contra fáctico –en la medida en que no fue la estrategia argumentativa que utilizó la autoridad accionada–, la carga argumentativa mínima que habría debido ofrecer el accionante debía satisfacer el estándar que ha exigido la jurisprudencia constitucional para que una autoridad

judicial se separe válidamente de la jurisprudencia de unificación de una Alta Corte.

89. En relación con este estándar, respecto de las decisiones del Consejo de Estado, según la jurisprudencia constitucional, es válido que las autoridades judiciales,

“[...] merced de la autonomía que les reconoce la Carta Política, puedan en eventos concretos apartarse del precedente, pero en cualquier caso esa opción argumentativa está sometida a estrictos requisitos, entre otros (i) hacer explícitas las razones por las cuales se aparte de la jurisprudencia en vigor sobre la materia objeto de escrutinio judicial; y (ii) demostrar suficientemente que la interpretación alternativa que se ofrece desarrolla de mejor manera los derechos, principios y valores constitucionales. [...] || para que la objeción al precedente jurisprudencial resulte válida, conforme a la perspectiva expuesta, deberá demostrarse que esa opción es imperiosa, en tanto concurren razones sustantivas y suficientes para adoptar esta postura, en tanto el arreglo jurisprudencial existente se muestra inaceptable” (subrayas del texto original).

90. En el presente asunto, la razón que ofrece el tutelante para satisfacer esta exigencia es que el uso de la sentencia de unificación de noviembre 19 de 2012 suponía una aplicación retroactiva de la jurisprudencia, que afectaba “tanto el debido proceso como la seguridad jurídica” y la “igualdad”, pues se aplicaba “a una demanda interpuesta en octubre de 1999, por hechos ocurridos entre agosto de 1996 y octubre de 1997”.

91. Este argumento no solo no satisface la carga cualificada de argumentación que ha planteado la jurisprudencia constitucional, sino que, además, supone un cuestionamiento ilegítimo a la competencia de unificación del Consejo de Estado.

92. Con relación a lo primero, de una parte, el accionante no plantea razones, más allá de la conveniencia de la resolución de su caso a partir de una jurisprudencia anterior (la “vigente” para los años de 1996 y 1997), que hubieren permitido a la Subsección B de la Sección Tercera del Consejo de Estado apartarse válidamente de la sentencia de unificación del año 2012. De otra parte, el tutelante tampoco acredita de qué forma la interpretación que propone desarrolla de una mejor manera los derechos, principios y valores constitucionales que fueron objeto de ponderación por parte de la Sección Tercera en la sentencia de unificación. En últimas, por tanto, no demuestra por qué la opción interpretativa que alega “es imperiosa, en tanto concurren razones sustantivas y suficientes para adoptar esta

postura, en tanto el arreglo jurisprudencial existente se muestra inaceptable”.

93. Con relación a lo segundo, el argumento del accionante inhibe la competencia de unificación del Consejo de Estado, pues restringe su alcance a hechos futuros sin que la normativa que regula esta competencia contemple tal opción o la jurisprudencia constitucional hubiese modulado sus efectos, y sin que las razones que ofrece sean suficientes.

94. En tercer lugar, tal como lo ha reconocido la Sala Plena, no pueden calificarse como derechos adquiridos o expectativas legítimas aquellas pretensiones que, en algún momento, respecto de un determinado asunto, hubiesen sido amparadas por la jurisprudencia a favor de ciertos sujetos, si esta ha cambiado, máximo cuando los cambios obedecen a posturas unificadas. Al valorar si una persona tenía derecho a que su caso se resolviera con fundamento en una jurisprudencia superada de la Corte, en la sentencia SU-023 de 2018 se precisó:

“El accionante no tenía un derecho cierto a la reliquidación de su mesada pensional, en los términos en los que este la solicitó, pues se trataba de una mera expectativa, que en cierto momento encontró sustento en algunas sentencias de las Salas de Revisión que, posteriormente, entraron en tensión con providencias dictadas por las otras Salas de Revisión, y con otros postulados constitucionales contenidos en el Acto Legislativo 01 de 2005”.

95. Así las cosas, es razonable y adecuado el argumento propuesto por la autoridad judicial accionada en la contestación de la acción de tutela, según el cual los precedentes judiciales no garantizan derechos adquiridos per se, salvo “aquellos que se declararon o constituyeron en favor de las personas respecto de las que produce sus efectos la sentencia invocada”. Además, como bien lo precisó el juez de segunda instancia en el proceso de tutela,

“no resultaba desproporcionada la aplicación de la jurisprudencia vigente al momento de fallar un asunto, en tanto (i) de forma previa se evidenció que no existía una posición unificada pacífica al interior de la jurisdicción respecto de un punto de derecho en particular y (ii) al tratarse de una providencia de unificación, resultaba razonable que el juez natural de la causa, [sic] acogiese las consideraciones planteadas en la misma por la Corporación de cierre en la materia, ello sin consideración a la fecha en que ocurrieron los hechos que

sustentaron la demanda”.

6. La sentencia no adolece de los defectos material y fáctico alegados: la Subsección B de la Sección Tercera del Consejo de Estado no aplicó de manera irrazonable la jurisprudencia de unificación de la Sala Plena de la Sección Tercera en materia de actio in rem verso

96. En este apartado le corresponde decidir a la Sala si la providencia que se censura adolece de los defectos material y fáctico alegados. De manera presunta, de haberse considerado aplicable la jurisprudencia de unificación de la Sala Plena de la Sección Tercera, se habría desconocido que el caso se subsumía en alguno de los siguientes dos supuestos excepcionales para admitir el enriquecimiento sin causa: (i) el del constreñimiento al contratista o (ii) “cuando sea urgente la prestación del servicio para evitar la amenaza o lesión inminente e irreversible al derecho a la salud”. Lo anterior, en la medida en que, entre otras, no se habrían valorado distintos medios de prueba, a partir de los cuales se infería que “Caprecom había aceptado el hecho de que el suministro de medicamentos se extendió más allá del plazo contractual, y había aceptado también la deuda que tenía contra Droguerías Electra por tales prestaciones”.

97. En primer lugar, la determinación del alcance de los supuestos en que es procedente el reconocimiento del enriquecimiento sin causa es una competencia propia del Consejo de Estado, que no de la Corte Constitucional. Por tanto, no le es dable a la Sala imponer un determinado contenido normativo a aquel, pues se desconocería la garantía del juez natural, la separación de poderes y la procedencia excepcionalísima de la acción de tutela en contra de providencias judiciales expedidas por los órganos de cierre de las jurisdicciones diferentes de la constitucional. De allí que no le corresponda a la Corte valorar la corrección de las reglas de unificación adoptadas por la Sala Plena de la Sección Tercera del Consejo de Estado para resolver la reclamación que plantea el accionante.

98. En segundo lugar, dado que era adecuado que la autoridad judicial accionada solucionara el caso a partir de la sentencia de unificación de noviembre 19 de 2012, si se analiza la providencia que se censura en su integridad, en particular los últimos apartados del título 8, relativos al “enriquecimiento sin causa”, es posible identificar una adecuada ponderación entre la garantía de las reglas y principios orientadores de la contratación estatal y el reconocimiento de prestaciones a favor de los contratistas sin cobertura legal (actio in rem

verso).

99. Para la autoridad judicial accionada, el caso se regulaba por la tesis general de improcedencia de la actio in rem verso, que había unificado la Sala Plena de la Sección Tercera. Para aquella, no era procedente el reconocimiento que pretendía el accionante pues se trataba de un supuesto en que se pretendía “desconocer o contrariar una norma imperativa o cogente”.

100. En los términos en que fue unificada por la Sala Plena de la Sección Tercera del Consejo de Estado, el alcance de esta regla general de improcedencia era el siguiente:

“12.1 [...] por regla general, el enriquecimiento sin causa, y en consecuencia la actio de in rem verso, que en nuestro derecho es un principio general [...] no pueden ser invocados para reclamar el pago de obras, entrega de bienes o servicios ejecutados sin la previa celebración de un contrato estatal que los justifique por la elemental pero suficiente razón consistente en que la actio de in rem verso requiere para su procedencia, entre otros requisitos, que con ella no se pretenda desconocer o contrariar una norma imperativa o cogente” (negrilla del texto original).

101. Para la Subsección B de la Sección Tercera del Consejo de Estado, el presunto suministro por parte de Droguerías Electra a favor de Caprecom se hizo luego del vencimiento del plazo contractual y por un término igual al inicialmente acordado, lo que supuso la elusión de “la formalidad escrita” del contrato estatal y, por tanto, se redujo “el margen relacionado con las medidas de dirección, intervención y control fiscal”. Esto es, se trató de un presunto suministro por fuera de los parámetros legales, de allí que infiriera que, “no tenían que ver con las prestaciones acordadas al amparo del convenio”.

102. De una parte, indicó la autoridad judicial accionada que a pesar de que se trataba de un contrato regido por el derecho privado, el acuerdo acerca de suministros adicionales a los inicialmente contratados debía constar por escrito, lo cual era consecuencia no solo de la sujeción de este tipo de convenciones a los principios de la función administrativa y de la gestión fiscal, “de cara a las normas presupuestales”, sino, además, de que las partes “en ejercicio de la autonomía de la voluntad” decidieron “someterlo a las previsiones de la Ley 80 de 1993, hasta su terminación”.

104. Esta forma de resolver el caso era una consecuencia razonable de la aplicación de la tesis que unificó la Sala Plena de la Sección Tercera en el año 2012. En esta se buscó conciliar, de un lado, la pretensión de los contratistas de que se les reconociera “el pago de obras, entrega de bienes o servicios ejecutados sin la previa celebración de un contrato estatal que los justifique” y, de otro, el carácter solemne de los contratos estatales, que, entre otras, preserva “el interés general, los recursos públicos, el sistema democrático y participativo, la libertad de empresa y la iniciativa privada mediante la observancia de los principios de planeación, transparencia y selección objetiva”.

105. Seguidamente, a partir de los “hechos probados” (título 3 de la providencia que se censura) y de las razones que anteceden, la Subsección B de la Sección Tercera del Consejo de Estado descartó, de manera razonable, porque no era aplicable ninguno de los supuestos enunciativos y exceptivos que se unificaron en el año 2012, máxime que una característica común a todos ellos era su “carácter excepcional y por consiguiente de interpretación y aplicación restrictiva, y de ninguna manera con la pretensión de encuadrar dentro de estos casos excepcionales, o al amparo de ellos, eventos que necesariamente quedan comprendidos dentro de la regla general que antes se mencionó”.

106. Primero, de conformidad con la jurisprudencia de unificación, uno de los supuestos en que es excepcional el reconocimiento de un presunto enriquecimiento sin causa se presenta,

“a) Cuando se acredite de manera fehaciente y evidente en el proceso, que fue exclusivamente la entidad pública, sin participación y sin culpa del particular afectado, la que en virtud de su supremacía, de su autoridad o de su imperium constriñó o impuso al respectivo particular la ejecución de prestaciones o el suministro de bienes o servicios en su beneficio, por fuera del marco de un contrato estatal o con prescindencia del mismo”.

107. La autoridad judicial accionada precisó que no se acreditaba prueba de constreñimiento por parte de Caprecom frente a Droguerías Electra para efectos de continuar el suministro contratado. Para la Subsección, “la única solicitud que en tal sentido le hizo el Subdirector Médico de Caprecom el 10 de agosto de 1997, no comporta una presión sino una persuasión, en cuanto no existe otro requerimiento que permita arribar a esa conclusión”. Dado el estándar cualificado que exigía la acreditación del supuesto de unificación, la valoración que

realizó la autoridad judicial accionada no puede calificarse de irrazonable, además de que es contraevidente inferir que un documento suscrito el 10 de agosto de 1997 sirviera de prueba de un presunto constreñimiento de un contrato cuyo plazo inicial ya se había cumplido. El razonamiento del accionante en este aspecto corresponde más a un desacuerdo con la valoración que realizó el Consejo de Estado, que a un asunto de evidente contradicción con la garantía de los derechos fundamentales que alega. Este desacuerdo valorativo escapa al control del juez de tutela, pues supondría que este actuara como juez de la controversia, lo que desconoce la garantía del juez natural, la separación de poderes y la procedencia excepcionalísima de la acción de tutela en contra de providencias judiciales de Altas Cortes.

108. Segundo, de conformidad con la jurisprudencia de unificación de la Sección Tercera del Consejo de Estado en materia de *actio in rem verso*, el otro supuesto excepcional en el que es posible su reconocimiento se presenta en aquellos supuestos,

“b) En los que es urgente y necesario adquirir bienes, solicitar servicios, suministros, ordenar obras con el fin de prestar un servicio para evitar una amenaza o una lesión inminente e irreversible al derecho a la salud, derecho este que es fundamental por conexidad con los derechos a la vida y a la integridad personal, urgencia y necesidad que deben aparecer de manera objetiva y manifiesta como consecuencia de la imposibilidad absoluta de planificar y adelantar un proceso de selección de contratistas, así como de la celebración de los correspondientes contratos, circunstancias que deben estar plenamente acreditadas en el proceso contencioso administrativo, sin que el juzgador pierda de vista el derrotero general que se ha señalado en el numeral 12.1 de la presente providencia, es decir, verificando en todo caso que la decisión de la administración frente a estas circunstancias haya sido realmente urgente, útil, necesaria y la más razonablemente ajustada a las circunstancias que la llevaron a tomar tal determinación.”.

109. En el acápite de “régimen legal aplicable” (título 4), la Subsección B de la Sección Tercera del Consejo de Estado precisó que el objeto del contrato “no tenía que ver con la prestación del servicio de salud, en cuanto no guarda relación con la atención, valoración o diagnóstico de los pacientes, usuarios del servicio, sin perjuicio de su conexidad”. De acuerdo con esta idea, precisó que no se había demostrado la necesidad del servicio, “por encontrarse en riesgo el derecho fundamental a la salud, en cuanto en este caso el contrato no tenía que ver con la prestación del servicio de salud, propiamente dicho, sino con el

suministro por una sociedad comercial de medicamentos a la prestadora de salud”.

110. Señaló, además, que no hubo prueba de la urgencia del suministro por parte del contratista a favor de Caprecom, entre otras, dado que, a pesar de que Droguerías Electra y Caprecom se encontraban en condiciones de prorrogar el contrato suscrito, de conformidad con la normativa vigente, no lo hicieron, sin que mediara razón alguna. En particular, precisó:

“las partes se encontraban en condiciones de prorrogar el contrato y no lo hicieron, máxime si el suministro de los medicamentos se hizo por un año más, sin respaldo contractual, eludiendo la formalidad escrita y reduciendo el margen relacionado con las medidas de dirección, intervención y control fiscal, con pleno desconocimiento de los principios que informan las actuaciones administrativas, especialmente los relacionados con la transparencia y publicidad de la conducta”.

111. Así las cosas, dado el estándar cualificado que exigía la acreditación del supuesto de unificación, la valoración que realizó la autoridad judicial accionada fue razonable y, por tanto, no es posible inferir que sea “definitivamente incompatible con el alcance y límite de los derechos fundamentales que han sido desarrollados por la Corte Constitucional”.

112. Tercero, de conformidad con la jurisprudencia de unificación de la Sala Plena de la Sección Tercera del Consejo de Estado, el último supuesto excepcional en el que es posible el reconocimiento de un presunto enriquecimiento sin causa se presenta en aquellos supuestos,

“c) En los que debiéndose legalmente declarar una situación de urgencia manifiesta, la administración omite tal declaratoria y procede a solicitar la ejecución de obras, prestación de servicios y suministro de bienes, sin contrato escrito alguno, en los casos en que esta exigencia imperativa del legislador no esté excepcionada conforme a lo dispuesto en el artículo 41 inciso 4º de la Ley 80 de 1993”.

113. En relación con este supuesto, indicó la autoridad judicial accionada que el presunto suministro de medicamentos no había obedecido “a una situación de urgencia manifiesta”. Dado que este aspecto no fue cuestionado por el tutelante, debe inferirse que dicha fundamentación fue suficiente, a partir de las circunstancias específicas del caso.

114. En suma, dado que la Subsección B de la Sección Tercera del Consejo de Estado aplicó

de manera adecuada la jurisprudencia de unificación de la Sección Tercera, no es posible inferir que la sentencia adolezca de los defectos material y fáctico que alega el accionante.

## 7. Síntesis de la decisión

115. Le correspondió a la Sala Plena de la Corte Constitucional determinar si la Subsección B de la Sección Tercera del Consejo de Estado, al expedir la sentencia de segunda instancia del 31 de mayo de 2016, en el proceso de reparación directa adelantado por Droguerías Electra Ltda., en contra del Ministerio de Hacienda y Crédito Público y la Caja de Previsión Social de Comunicaciones –Caprecom– habría incurrido en los siguientes defectos: (i) violación directa de la Constitución, (ii) material o sustantivo y (iii) fáctico.

116. A pesar de encontrar acreditadas las exigencias de procedibilidad de la acción de tutela, concluyó que no se acreditaba ninguno de los defectos alegados por Droguerías Electra.

117. En primer lugar, señaló que el hecho de que la autoridad judicial accionada hubiese decidido el caso a partir de la aplicación de una jurisprudencia de unificación posterior a los hechos que dieron origen a la demanda de reparación directa no desconocía per se derecho alguno. Si bien las pretensiones del accionante pudieron encontrar apoyo en algunas sentencias de la Sección Tercera para la época de la presentación de la demanda, al encontrarse en colisión con otras no podía afirmarse que se tratara de un derecho cierto sino de una mera expectativa. Al ser esto así, consideró que era válido que la autoridad judicial accionada acudiera a la jurisprudencia de unificación en materia de actio in rem verso para resolver la controversia.

118. En segundo lugar, precisó que la determinación del alcance de los supuestos en que era procedente el reconocimiento del enriquecimiento sin causa era una competencia propia del Consejo de Estado, que no de la Corte Constitucional. Por tanto, no le era dable a la Sala Plena imponer un determinado contenido normativo a aquel, pues desconocería la garantía del juez natural, la separación de poderes y la procedencia excepcionalísima de la acción de tutela en contra de providencias judiciales expedidas por los órganos de cierre de las jurisdicciones diferentes de la constitucional.

119. En tercer lugar, indicó que, si se analizaba en su integridad la decisión de la autoridad judicial accionada, en particular los últimos apartados del título 8 (sic) relativos al

“enriquecimiento sin causa”, era posible identificar una adecuada ponderación entre la garantía de las reglas y principios orientadores de la contratación estatal y el reconocimiento de prestaciones a favor de los contratistas sin cobertura legal (*actio in rem verso*). Por tanto, fue adecuada la aplicación de la jurisprudencia de unificación de la Sección Tercera en la providencia objeto de reproche, si se tiene en cuenta que la negativa al reconocimiento de las pretensiones formuladas por el contratista se había fundamentado en las siguientes razones: (i) No se acreditó prueba de constreñimiento por parte de Caprecom frente a Droguerías Electra Ltda. para efectos de continuar el suministro contratado. (ii) No hubo prueba de la urgencia del suministro por parte del contratista a favor de Caprecom. (iii) A pesar de que Droguerías Electra Ltda. y Caprecom se encontraban en condiciones de prorrogar el contrato suscrito, de conformidad con la normativa vigente, no lo hicieron, sin que mediara razón justificatoria alguna. (iv) El presunto suministro por parte de Droguerías Electra Ltda. y a favor de Caprecom, por fuera de los parámetros legales, se hizo luego del vencimiento del plazo contractual y por un término igual al inicialmente acordado, lo que habría supuesto la elusión de “la formalidad escrita” del contrato estatal y se habría reducido “el margen relacionado con las medidas de dirección, intervención y control fiscal”. (v) No se demostró la necesidad del servicio “por encontrarse en riesgo el derecho fundamental a la salud, en cuanto en este caso el contrato no tenía que ver con la prestación del servicio de salud, propiamente dicho, sino con el suministro por una sociedad comercial de medicamentos a la prestadora de salud”. (vi) El presunto suministro de medicamentos no obedeció “a una situación de urgencia manifiesta”.

## . DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Sala Plena de la Corte Constitucional,

### RESUELVE:

Primero.- LEVANTAR la suspensión de términos decretada mediante el auto del 14 de julio de 2018, proferido por la Sala Plena de la Corte Constitucional.

Segundo.- CONFIRMAR las sentencias de 2 de agosto y 8 de noviembre de 2017, proferidas por las secciones Cuarta y Quinta del Consejo de Estado que, en primera y segunda instancia, respectivamente, negaron la tutela presentada por Droguerías Electra Limitada en reestructuración en contra de la Subsección B de la Sección Tercera del Consejo de Estado.

Tercero.- LÍBRESE por Secretaría General la comunicación prevista en el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

Cuarto.- DEVUÉLVASE, por Secretaría General, a la Subsección B de la Sección Tercera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca el expediente enviado en préstamo del proceso No. 1999-2596, correspondiente a la acción de reparación directa que presentó Droguerías Electra en contra de Caprecom y el Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

Comuníquese y cúmplase.

GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO

Presidenta

CARLOS BERNAL PULIDO

Magistrado

DIANA FAJARDO RIVERA

Magistrada

Con aclaración de voto

LUIS GUILLERMO GUERRERO PÉREZ

Magistrado

ALEJANDRO LINARES CANTILLO

Magistrado

JOSÉ FERNANDO REYES CUARTAS

Magistrado

Con salvamento de voto

ALBERTO ROJAS RÍOS

Magistrado

Con salvamento de voto

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Secretaria General

ACLARACIÓN DE VOTO DE LA MAGISTRADA

DIANA FAJARDO RIVERA

A LA SENTENCIA SU020/20

1. 1. Mediante Sentencia SU-020 de 2020, la Corte estudió la tutela interpuesta por Droguerías Electra Ltda en contra del fallo proferido por la Sección Tercera del Consejo de Estado, dentro de un proceso de reparación administrativa. Acompañé la decisión de la Sala Plena, en tanto la providencia atacada no incurrió en ninguna causal específica de procedencia que justifique la intervención del juez constitucional. Por el contrario, la Sección Tercera realizó una ponderación legítima entre la garantía de las reglas y principios orientadores de la contratación estatal y el reconocimiento de prestaciones a favor de los contratistas sin cobertura legal (actio in rem verso). Sin embargo, aclaro mi voto respecto a una de las afirmaciones que trae la Sentencia SU-020 de 2020 sobre la aplicación retroactiva del precedente. Consideración que era innecesaria para resolver este asunto y que tampoco puedo compartir, en tanto contradice los derechos fundamentales al debido proceso y de acceso a la justicia.

2. El capítulo 5 de esta sentencia desarrolla la siguiente regla: “la decisión de solucionar el caso a partir de la aplicación de una jurisprudencia de unificación posterior a los hechos que dan origen a una demanda de reparación directa no desconoce per se derecho alguno”. Según este razonamiento “no pueden calificarse como derechos adquiridos o expectativas legítimas aquellas pretensiones que, en algún momento, respecto de un determinado asunto, hubiesen sido amparadas por la jurisprudencia a favor de ciertos sujetos, si esta ha cambiado, máximo cuando los cambios obedecen a posturas unificadas”. Y para apoyar esta

postura, se invoca la Sentencia SU-023 de 2018, pese a que las situaciones fácticas no se equiparan del todo.

3. Tal análisis en torno a la aplicación retroactiva del precedente me resulta problemático. En primer lugar, era innecesaria su inclusión en este caso concreto pues al momento de la interposición de la demanda por parte de Droguerías Electra no exista una postura unificada sobre el enriquecimiento sin causa al interior del Consejo de Estado. Fue solo a partir de la sentencia de la Sala Plena de la Sección Tercera, del 19 de noviembre de 2012, que se unificó la jurisprudencia dispersa sobre esta materia. Con anterioridad, no podía hablarse de un precedente propiamente dicho, sino de varias posturas que coexistían al interior del Alto Tribunal.

4. En segundo lugar, no puedo compartir la conclusión que sugiere la sentencia, en el sentido de que es posible aplicar, sin más, el precedente de una alta Corte de forma retroactiva. En mi entender, ello supone complejos debates para la protección de los derechos fundamentales e incluso sobre la seguridad jurídica. Precisamente, por ello fue que salvé el voto a la Sentencia SU-023 de 2018, dando cuenta de los riesgos de emplear retroactivamente el precedente judicial, cualquiera que sea el Tribunal de cierre. De ahí que, contrario a lo que ahora se afirma, pienso que la regla general debe ser que los precedentes rijan hacia el futuro, lo que redunda favorablemente en el principio de seguridad jurídica y la garantía de los derechos fundamentales al debido proceso y al acceso oportuno a la justicia.

5. En los anteriores términos aclaro mi voto, ratificando mis reservas respecto a la aplicación retroactiva del precedente. Asunto que no puede despacharse rápidamente, ignorando los principios y derechos en tensión, a los cuales me referí. Además, dicha discusión se hacía intrascendente en este caso concreto pues respecto a la figura del enriquecimiento sin justa causa no existía, al inicio del proceso objeto de análisis, un precedente consolidado que Droguerías Electra pudiese invocar a su favor.

Fecha ut supra

DIANA FAJARDO RIVERA

Magistrada

